XII.

Die neueste Prozeßgesetzgebung mit beurtheilender Darstellung der neuen Entwürfe für Baiern und die Niederlande und der Prozeßordnung für die Untergerichte des Königreichs Hannover.

Von Mittermaier.

(Fortsetzung des Aufsatzes Nro. VIII. im vorigen Hefte.)

Wendet man sich zur Betrachtung des in den neuesten Produkten der Legislation eingeführten Prozeßganges, so verdient vorzüglich der in dem baierischen Entwurfe gemachte Vorschlag wegen seiner Neuheit eine Prüfung. Es scheint die Absicht des baierischen Gesetzgebers zu seyn, die Vortheile der Oeffentlichkeit und Mündlichkeit durch die Annahme der Verhandlung nach Audienzen mit der Gründlichkeit, welche der deutsche Schriftenwechsel liefern kann, und der sicheren Grundlage, die der preußische status causae gewähren soll, zu verbinden. Da man sich scheute, blos mündlich in Sizzungen, wie es in Frankreich geschieht, verhandeln zu lassen, so kam man leicht dazu, der Verhandlung in der Audienz ein Vorverfahren vorangehen zu lassen. Nach dem Entwurfe beginnt daher der ordentliche Prozeß mit einer Klagschrift (§. 189) worauf ein Gerichtscommissär ernannt wird, welcher die im Laufe des Verfahrens nöthigen Gerichtsbeschlüsse durch seinen Vortrag zu veranlassen, und die vorkommenden Gerichtshandlungen vorzunehmen hat (188). Es werden nun Schriften auf die nämliche Art, wie im gemei-

nen deutschen Prozesse eingereicht, und der Gerichtskommissär dekretirt darauf (198 212). Nach geschlossener Verhandlung in den Schriftsätzen ernennt der Gerichtsvorstand ein von dem Instruenten verschiedenes Gerichtsmitglied, welches auf den Grund der gepflogenen Verhandlungen den status causae et controversiae entwirft (213). So oft nach vorgängig wirklich gepflogener oder in Folge des Ungehorsams als gepflogen angenommener Verhandlung ein Urtheil zu erlassen ist, muß die Sache, sie sei Haupt- oder Incidentsache, zum Zwecke des mündlichen Verfahrens in die Audienz gebracht werden. Ob eine Sache reif zum Urtheile ist, hat der verhandelnde Richter auszusprechen, welcher die Acten dem Gerichtsvorstande vorlegt. Findet dieser Richter oder Vorstand Bedenken in Bezug auf den Aktenschluß, so wird die Sache in geheimer Sitzung dem Gerichte vorgetragen (360). Die Audienz wird eröffnet durch Ablesung einer kurzen bündigen Uebersicht des Streitverhältnisses. Die Partheien tragen dann ihre streitige Rechtssache dem Gerichte mündlich vor. Ist der Schluß der mündlichen Verhandlungen dekretirt, so zieht sich das Gericht zur Berathung und Schlußfassung in das Berathungszimmer zurück. Nach Umständen kann noch vom Gerichte eine Ersitzung angeordnet, oder das Urtheil verkündet, oder wegen besonderer Schwierigkeit vertagt werden, in welchem letzteren Falle ein Referent ernannt wird, welcher in geheimer Sitzung Vortrag erstattet (370). — Die Anordnung eines solchen Vorverfahrens, auf welches erst die Hauptverhandlung in der Audienz folgt, scheint erheblichen Bedenklichkeiten zu unterliegen, und schon hat sich auch in Baiern eine Stimme [1]) gegen den neuen Vorschlag erhoben.

1) Der Zweck der Prozeßinstruction geht nur dahin,

---

1) v. Dresch. Betrachtungen über den revidirten Entwurf der Prozeßordnung in Rechtsstreitigk. für K. Baiern. München 1825. S. 5.

die Richter in den Stand zu setzen, ein gründliches und gerechtes Urtheil über die Sache zu fällen. Das mündliche Verfahren ist hiezu eben so gut als das schriftliche ein Mittel, und der unpartheiische Forscher muß zugeben, daß das Erste ebenso wie das Zweite zur Erreichung des Zweckes hinreichen kann, wie Frankreichs Erfahrung dies lehrt. In Baiern sollen nun beide Wege in jedem ordentlichen Prozesse verbunden werden; erwägt man aber, daß die Bürger das Recht haben, eine wohlfeile und schnelle Justiz, so weit nicht die Gründlichkeit darunter leidet, zu fordern, und daß man das, was auf einem Wege erreicht werden kann, nicht ohne Aufwand von Zeit und Kosten erlangen kann, wenn man auch den zweiten Weg neben dem ersten anwenden will, so muß man billig an der Zweckmäßigkeit der neuen Maaßregel zweifeln. Unsere deutschen Richter entscheiden auf den Grund des Schriftenwechsels vollständig, wozu soll noch die Regulirung des status causae und die mündliche Schlußverhandlung? In einer sehr großen Zahl von Fällen werden beide zuletzt genannten Mittel überflüssig seyn. Wenn einer Darlehensklage die Einrede der Compensation oder Zahlung entgegengesetzt wird, soll es darum des status causae und der mündlichen Plädoirie bedürfen: um den Richtern die Fällung des Beweisinterlocuts möglich zu machen? — Nach §. 368 des Entw. ist der zur mündlichen Verhandlung angesetzte Termin, wenn beide Theile nicht erscheinen, vereitelt;[2]) man sieht daher, daß nach dem Willen des Gesetzgebers die mündliche Verhandlung als wesentlich gilt und sonst gar kein Urtheil gefällt werden kann, daher der Kläger wenigstens immer genöthigt seyn wird, in diesem Termine zu erscheinen, oder einen Anwald zu senden.

2) Nach d. Entw. v. 1825 §. 378 sollte, wenn beide Theile nicht erscheinen, die Audienz doch gehalten und der Anfang mit Ablesung des status causae gemacht werden. Die Motive zum revidirten Entw. S. 224 rechtfertigen überzeugend die Vorschrift des revidirten Entw.

2) Das Vorverfahren, wie es der Entwurf aufstellt, enthält den gemeinrechtlichen Prozeß mit dem Schriftenwechsel; zwar gestattet der Entw. §. 127 nur kurze Angabe der Rechtsgründe und Gesetze; allein erwarte man ja nicht, daß dadurch der Schriftenwechsel einfacher wird; alles, was schon gegen den Entwurf v. 1825, welcher nur die Andeutung der Rechtsgründe gestattete, angeführt wurde, 3) paßt auch auf die Vorschrift des neuen Entwurfs, und da der Begriff von Kürze ein sehr relativer ist, dafür also kein sichrer Maaßstab existirt, so frägt man mit Recht, was denn geschehen solle, wenn der Richter findet, daß in der eingereichten Schrift die Rechtsgründe nicht kurz genug angegeben sind. Wenn zu Protokoll verhandelt würde, so könnte noch die Vorschrift, welche nur kurze Angabe der Rechtsgründe erlaubt, eine Bedeutung haben, weil es dann vom Instruenten, der die Verhandlung leitet, abhinge, wieviel er protokolliren lassen will, bei dem schriftlichen Verfahren aber, wo der Instruent erst die schon fertige Schrift erhält, wird durch die Vorschrift nichts gewonnen, wenn nicht etwa die künftige Taxordnung für die im Vorverfahren einzureichenden Schriften eine so geringe Taxe bestimmt, daß kein Advokat Lust haben wird, eine größere Darstellung zu liefern: sollte aber dies geschehen, so würde in so vielen Fällen, wo die faktische Darstellung sich nicht leicht von der Rechtsentwickelung trennen läßt, eben so sehr die Ungründlichkeit begünstigt, als die Gerechtigkeit verletzt.

3) Man befindet sich in Verlegenheit darüber, in welcher Stellung der Gerichtsdeputirte zu dem Gerichte selbst seyn soll. Ist sein Geschäft nur auf Instruction beschränkt, so müßte auch jeder Streit über einen Zwischenpunkt in die Audienz gebracht werden, und dann kann es wohl dazu kom-

3) s. meine Bemerkungen in diesem Archive IX. Bd. S. 131. Scheuerlen in d. kritischen Zeitschrift für Rechtswissenschaft. I, Bd. 3s Heft. S. 93. v. Hinsberg Bemerkungen. S. 123.

men, daß 4 mal der Prozeß an das Gericht gebracht wird, ehe nur auf Beweis erkannt werden kann. Man kann sich leicht denken, daß der Beklagte die exceptio fori incompetentis anbringt, dann, wenn die Einrede vom Gerichte verworfen ist, die in jeder Lage der Sache zulässige Einrede der fehlenden Legitimation zur Sache vorschützt, worüber wieder erkannt werden muß, hierauf, weil er eine Frist versäumt hat (nach §. 181), um restitutio in integrum nachsucht, und dann der Kläger in der Replik seine Klage verbessert, wogegen der Beklagte sich erklärt, und worüber wieder ein Urtheil nothwendig wird. Soll nach dem Willen des Gesetzgebers es so gemeint seyn, daß [4]) über diese im Laufe des Prozesses vorkommenden Punkte der Deputirte nur in geheimer Sitzung des Tribunals Vorträge und Gerichtsbeschluß veranlasse, so muß dagegen bemerkt werden, daß dies nicht consequent scheint, da die zuvor bezeichneten Punkte Gegenstände der größten Wichtigkeit betreffen können, und da das Gericht darüber entscheiden würde, ohne daß die Partheien vor dem Gerichte mündlich verhandeln, und ihre Gründe vollständig vortragen konnten, weil ja der Einwurf nur eine kurze Angabe der Rechtsgründe erlauben will. Die Nothwendigkeit, daß der Deputirte in dem Laufe des Schriftenwechsels Vortrag erstatte und Dekrete veranlasse, tritt nach dem Entw. oft ein, z. B. (§. 192) wenn die Abweisung der Klage, ohne daß der Beklagte gehört wird, in Frage steht, oder nach §. 200, wenn Einreden vorgeschützt werden, ohne daß der Beklagte in den Streit sich einläßt, oder §. 204 wegen Widerklage, oder §. 206. 8. wegen des Actenschlusses. Soll über alle diese Punkte, bei welchen oft die feinsten Rechtserörterungen vorkommen, z. B. ob die Klage gegen ein gesetzliches Verbot streitet, ob die legiti-

---

4) Die Worte des § 188, der Gerichtscommissär, welcher die im Laufe des Verfahrens nöthigen Gerichtsbeschlüsse durch seinen Vortrag zu veranlassen hat, scheinen darauf zu deuten.

matio ad causam erbracht ist, blos auf den Vortrag des Deputirten in geheimer Sitzung entschieden werden, so raubt man den Partheien das Recht, dem urtheilenden Gerichte ihre Rechtsgründe gehörig vorzutragen, und es fehlt an der Bürgschaft für die Partheien, daß ihre Darstellungen rein und vollständig zur Kenntniß des urtheilenden Gerichts gelangen.

4) Nach dem Entwurfe werden mit einem Prozesse drei Gerichtsmitglieder beschäftigt, während bisher ein einziges für diese Geschäfte genügte. Ein Richter soll als Instruent thätig seyn, ein andrer den status causae entwerfen, und ein dritter als Referent vortragen. So sehr durch diese wechselseitige Controle die Verantwortlichkeit der Richter und in manchen Fällen die Gründlichkeit der Entscheidung gewinnen mag,[5]) so sehr muß doch die Zweckmäßigkeit dieser Einrichtung als Regel aufgefaßt, bezweifelt werden, da dadurch den Kollegialmitgliedern unnöthige Mühe aufgebürdet, eine Vermehrung des Gerichtspersonals veranlaßt, Zeit geraubt, eine Masse der Kosten vermehrt, der Prozeß verzögert, und ein wahres Mißverhältniß zwischen der Summe der aufgebotenen Kräfte mit der Einfachheit der Mehrzahl der Fälle begründet wird.

5) Betrachtet man die Vorschrift, daß der status causae in allen Fällen regulirt werde, so kann Referent die Zweifel, welche er in diesem Archive[6]) gegen die Zweckmäßigkeit der Maaßregel vorbrachte, wie sie der Entwurf v. 1825 anordnete,

---

5) In den Motiven zum revidirten Entw. S. 131 ist sehr richtig hervorgehoben, daß dadurch, daß ein v. Instruenten verschiedenes Gerichtsmitglied den st. c. entwirft, das Einschleichen der vorgefaßten Meinungen des Instruenten vermieden, vielmehr selbst Controle gegen den Instruenten gegeben und die Sicherheit der Partheien vermehrt wird.

6) Band IX. S. 129. Diesen Ansichten stimmt auch bei: Hinsberg Bemerkungen S. 50.

nicht zurücknehmen. [7] Die Verschiedenheit des neuen Entwurfs vom alten besteht zwar darin, daß in dem von 1825 die Regulirung des status causae im Zusammenhang mit der damaligen Anordnung stand, nach welcher keine Beweisinterlokute, sondern nur Dekrete vorkommen, und daß nach §. 371 zur Vorlegung des status causae ein Termin bestimmt wurde, zu welchem die Partheien vorgeladen wurden, während nach drm neuen Entwurfe §. 219 Beweisinterlokute wieder Statt finden, und eine Vorladung der Partheien nicht mehr eintritt, sondern nur der status causae von dem Gerichtsmitgliede zum Behufe der Audienz gearbeitet wird. Für die Zweckmäßigkeit der Regulirung dieses st. c. auch im schriftlichen Verfahren, haben sich zwar neuerlich wieder Scheuerlen, [8] und Weber [9]) erklärt, allein wenn man ihre Gründe prüft, so kann man doch nicht glauben, daß sie zur Rechtfertigung des Entwurfs genügen. Scheuerlen rechtfertigt nur die Vorschrift, wie sie im Entwurfe v. 1825 vorkam, wo kein Beweisurtheil zulässig war, und daher der status causae den Partheien dazu dienen sollte, die Streitverhältnisse deutlicher zu überschauen und das Liquide vom Illiquiden geschieden zu betrachten. Da der neue Entwurf der Rechtskraft fähige Beweisinterlokute kennt, so verliert der von Scheuerlen, welcher übrigens selbst zugesteht, daß nicht in allen Fällen eine Regulirung des st. c. nothwendig sei, ohnehin seine Bedeutung. Wenn Weber die Einrichtung deswegen vertheidigt, weil dadurch den Partheien, die sonst durch das schriftliche Verfahren abgeschnittene Gelegenheit gewährt würde, sich dem Richter persön-

---

7) Auch die Motive zum revidirten Entw. S. 128 erklären sich gegen die Einrichtung, wie sie der Entw. von 1825 vorschlug.

8) in der Tübinger kritischen Zeitschrift. I. Bd. S. 97.

9) in der Schrift: pragmatische Geschichte der Verhandlungen der Landstände v. Hessen über die proponirte Stadt- Landgerichtsordnung. Darmstadt 1825. S. 90 in Not.

lich zu verständigen, so paßt dies nicht auf den neuen baier. Entwurf, nach welchem ja zur Regulirung des status c. die Partheien nicht vorgerufen werden, und kömmt nicht in Betrachtung, da nach dem Entwurfe die Partheien durch die Audienz hinreichend Gelegenheit erhalten, dem Richter sich zu verständigen. — Nur in einer Beziehung könnte die Regulirung des status c. nach dem neuen Entwurf noch einen Werth haben, nämlich in so ferne die entworfene Streitsübersicht (nach §. 361) dazu dienen soll, dem Gerichte eine Grundlage dadurch zu geben, daß mit dem Ablesen dieser Uebersicht die Audienz eröffnet wird; allein wenn die Audienz das seyn wird, was sie seyn soll, und in Frankreich ist, so werden die Vorträge der Partheyen hinreichen, die Richter in den Stand zu setzen, ein Urtheil zu fällen, es werden, wenn man die Sitzung mit status c. beginnt, unnöthige Wiederholungen veranlaßt, da die Partheien oder ihre Anwälde doch wieder das, was im status c. vorkam, vortragen werden, und es entsteht selbst der Zweifel, ob dadurch nicht das Wesen des mündlichen Verfahrens verletzt wird, wenn die Richter durch den Eröffnungsvortrag präoccupirt werden, [10]) statt erst rein die Ansprüche und Behauptungen der Partheien zu erfahren.

6) Ist der Prozeß, wie er im baier. Entwurfe angeordnet ist, durch den gemeinrechtlichen deutschen Schriftenwechsel (selbst vielfach verzögert, weil der Instruent so oft erst bei dem Gericht vortragen und den Beschluß einholen muß) gewandert, und ist der preußische status causae fertig, so gelangen endlich die Partheien zur Audienz; aber wenn auch der Tag derselben angesetzt ist, so ist deswegen noch das Urtheil nicht fertig. Schon in früheren Bänden des Archivs [11]) ist darauf aufmerksam gemacht, wie sich voraus nicht mit Sicherheit bestimmen läßt, ob eine Sache in der bestimmten Sitzung vorkommen kann; die Verhandlungen über die für

---

10) s. Dresch Betrachtungen. S. 18 in Not.

11) Archiv IX. S. 133.

die vorhergehenden Sitzungen bestimmten Prozesse ziehen sich nicht selten auf eine unvorherzusehende Weise in die Länge, und schieben die Audienz für die späteren Sachen hinaus; die Partheien und ihre Anwälde aber müssen, um nicht Ungehorsamsnachtheile zu wagen, doch in dem bestimmten Tage gegenwärtig seyn, und in jeder neuen Sitzung erscheinen, bis einmal ihre Sache plädirt werden kann. Daß dadurch Verzögerungen und Kosten entstehen, bedarf keiner Erörterung. Aber selbst durch das Verhältniß des vorhergehenden Schriftenwechsels und der Audienz entstehen neue Schwierigkeiten.[12]) Es ist unvermeidlich, daß in den mündlichen Verhandlungen manche neue Thatsachen, und selbst solche Einreden vorgebracht werden, welche nach §. 200 des Entw. in jeder Lage des Prozesses vorgebracht werden dürfen; die Folge davon wird seyn, daß das Gericht, statt das Urtheil zu fällen, neue Instruction und neuen Schriftenwechsel anordnen wird, und so der Prozeß sehr in die Länge sich zieht.

7) Nicht ohne Grund besorgt man auch, daß die Anordnung der Audienzen überhaupt ein bedeutender Grund der Verzögerung des Streits wird. Da (nach §. 360) überall, wo nach gepflogener, oder in Folge des Ungehorsams als gepflogen angenommener Verhandlung ein Urtheil zu erlassen ist, (sei die Sache Haupt- oder Inzidentsache) Audienz angesetzt werden muß, so kann in dem nämlichen Prozesse, bis es zum Definitivurtheil kömmt, die Sache leicht 8 mal in die Audienz kommen, wenn z. B. öfter Ungehorsamsanklagen vorkommen, wenn eine Litisdenuntiation oder Intervention eintritt, wenn im Laufe des Prozesses eine Parthei stirbt, und der Streit reassumirt werden soll, wenn auf Beweis interloquirt, über Edition von Urkunden gestritten, oder über Eidesformel verhandelt wird.

Wenn wir nun bisher in dem Verhältnisse, welches nach dem Entwurf zwischen Schriftenwechsel und Audienz statt finden soll, einen Grund der längeren Dauer und

12) schon oben in diesem Archive XI. S. 168.

der größeren Kostspieligkeit der Prozesse fanden, so müssen wir uns vorerst gegen die Folgerung erklären, als wenn wir das Verfahren in Audienzen selbst für unzweckmäßig hielten. Eine für die Sache der Wahrheit wohlgesinntes und kenntnißreiches Mitglied der baier. Ständeversammlung [13]) sucht zu beweisen, daß das Audienzverfahren in erster Instanz ganz überflüssig sei, und die angeblichen Zwecke der Audienz nämlich den Partheien Gewißheit zu verschaffen, daß jeder Richter von allem, was sie zur Vertheidigung zu sagen haben, vollkommen instruirt werde, und die weitläufigen Aktenextracte der bisherigen Relationen überflüssig zu machen, viel einfacher durch das schriftliche Verfahren in erster Instanz erreicht werden könne, daß aber in den höheren Instanzen Audienzverfahren zweckmäßig sei. — Es ist gewiß richtig, daß die Anordnung des Verfahrens in dem neuen baier. Entw. mancher Verbesserungen bedarf, wenn sie wohlthätig wirken soll, und der Fehler scheint darin zu liegen, daß man theils zuviel generalisirte und das bei einigen wenigen, nämlich den höchst verwickelten Rechtssachen passende Verfahren zu dem in allen ordentlichen Prozessen nothwendigen erhob, theils, daß man zu ängstlich an einer schriftlichen Grundlage festhielt. Das einfachste und natürlichste Verfahren, was nach der Erfahrung Frankreichs auch völlig hinreicht, um eine gründliche Urtheilungsfällung möglich zu machen, liegt darin, daß die Partheien oder ihre Anwälde ihre Ansprüche und die Vertheidigung derselben den Richtern selbst vortragen. Es kömmt nur darauf an, ob 1) dies Verfahren mit Sicherheit durch den Schriftenwechsel, wie er im deutschen Rechte vorkömmt, surrogirt werden kann, 2) ob zur Begründung der Audienz ein vorausgehendes schriftliches Verfahren nothwendig ist, 3) wie zweckmäßig das mündliche und schriftliche Verfahren von dem Gesetzgeber in Verhältniß gestellt werden soll. — Was den ersten

13) Dresch in seinen Betrachtungen. S. 13.

Punkt betrifft, so kann Referent nur von der unten zu rechtfertigenden Voraussetzung ausgehen, daß der ordentliche Prozeß schon in erster Instanz nicht von Einzelnrichtern, sondern von Kollegialgerichten entschieden werde. Geschieht aber dies, so kann der natürliche Weg, nach welchem die Richter von Partheien oder ihren Repräsentanten selbst unmittelbar das erfahren, was sie sonst durch Umwege und Mittelpersonen hören, nicht wohl durch einen anderen Weg, den des Schriftenwechsels ersetzt werden; denn dieser raubt den Partheien die Bürgschaft, daß die Richter rein, unentstellt und vollständig Alles erfahren, entzieht den Richtern die Möglichkeit, ihre Zweifel durch passende Fragen zu heben (wer hat nicht schon oft, wenn ihm aus Acten referirt wurde, den Wunsch gehabt, nur auf Augenblicke die Partheien selbst zu sehen, und befragen zu können?) und macht eine complizirte Anordnung nothwendig, durch welches der Acteninhalt zur Kenntniß aller Richter, die darüber urtheilen sollen, gebracht wird. Die Anordnung aber vermehrt die Zahl der richterlichen Geschäfte, legt den Richtern selbst manche mechanische Zeitraubende Arbeit auf, verzögert die Urtheilsfällung, und liefert doch keine Gewißheit, daß der Richter so vollständig und treu Alles erfahren, als es der Fall gewesen seyn würde, wenn von dem versammelten Gerichte von den Partheien oder ihren Anwälden vorgetragen worden wäre. Selbst die Vertheidiger des schriftlichen Verfahrens können ihre Furcht vor den weitläuftigen Actenextracten nicht verbergen; [14]) alle Versuche sind nur schwache Nothbehelfe, die gar leicht entweder auf Kosten der Gründlichkeit oder der Klarheit gemacht werden, wenn man nicht auf ausgezeichnete Referenten rechnen kann. — In Bezug auf den zweiten oben bemerkten Punkt ist nicht einzusehen, wozu in allen Fällen ein der Audienz vorausgehender Schriftenwechsel dienen soll. Man will, wie es scheint, den Partheien Gelegenheit geben,

---

14) Dresch S. 15.

sich gehörig zur Audienz vorzubereiten und durch die Entwikkelung der oft collidirenden Behauptungen eine vollständige klare Streitsübersicht möglich zu machen; allein hiezu genügt schon die Klagschrift; die Partheien sind, wenn sie Prozeß führen, hinreichend mit dem Stande der Verhältnisse bekannt, und vorbereitet, und dem verständigen Advokaten wird es leicht seyn, durch passende Informationseinziehung von seiner Parthei sich so vollständig instruiren zu lassen, daß er mit Sicherheit in der Audienz über das Verhältniß vortragen kann. In den seltenen Fällen, wo der Advokat einer Parthei eine dem Anwald des Gegners unbekannte Thatsache vorträgt, wird es dem letzten leicht seyn, eine Vertagnng der Sitzung zu erwirken, um in der Zwischenzeit sich instruiren zu können. Sollen aber die Richter durch das Vorverfahren zur gründlichen Urtheilsfällung vorbereitet werden, so scheint man zu vergessen, daß sie ja durch den sogenannten status causae doch nur in einem mageren Auszug das Resultat des Schriftenwechsels kennen lernen, und doch am sichersten an das Vorbringen der plädirenden Partheien sich halten werden. Um die Thatsachen, worauf es ankömmt, richtig aufzufassen, bedarf es nur natürlicher Gewandtheit, Scharfsinns und der Aufmerksamkeit auf die Vorträge der Advokaten; der vorgängige Schriftenwechsel macht aber den Richter, dem diese Eigenschaften mangeln, nicht fähiger; — um aber sich auf die richtige Gesetzesauslegung in wichtigen Fällen vorzubereiten, hat der Richter Zeit genug, wenn er vor der Sitzung aus den in einem Gerichtszimmer niedergelegten Conclusionen (z. B. wie in Frankreich) die Rechtspunkte, worauf es ankömmt, kennen lernt, und im Falle größerer Schwierigkeit ist es ja dem Gerichte unverwehrt (wie es auch in Frankreich geschieht) die Fällung des Urtheils bis zur nächsten Sitzung zu verschieben.[15) —

15) Daß übrigens die Audienz nach dem neuen baier. Entw. nicht für gleich mit der französischen zu nehmen ist (was wegen An-

was endlich das Verhältniß zwischen schriftlichen und mündlichen Verfahren angeht, so betrachte man beide als zwei verschiedene Wege, das Gericht zur Urtheilsfällung vorzubereiten, der zweite ist der einfache und für die Mehrzahl der Fälle passend, und es ist Alles gewonnen, wenn nur dem Gerichte, das den Zweck der gründlichen Urtheilsfällung erreichen soll und die dazu dienenden Mittel selbst am besten wählen kann, die Möglichkeit gegeben wird, für die schwierigeren Fälle den künstlicheren Weg des schriftlichen Verfahrens anzuordnen. In dieser Beziehung verdient das oben angegebene [16]) niederländische Projekt den Vorzug vor anderen Legislationen, und es käme nur darauf an, ob man nicht dem Gerichte noch mehr Rechte geben sollte, unter verschiedenen Formen des schriftlichen Verfahrens zu wählen, z. B. daß nur jeder Parthei eine Deduktionsschrift einzureichen gestattet, oder daß ein Gerichtsdeputirter ernannt wird, vor welchem die Partheien oder ihre Anwälde zu verhandeln hätten, [17]) worauf das darüber aufgenommene Protokoll dem Gerichte in der nächsten Sitzung vorgelegt würde. — Soviel scheint nur gewiß, daß man die Art, wie man in Deutschland in neuester Zeit schriftliches und mündliches Verfahren verbinden will, darauf beruht, daß man das, was Ausnahme seyn soll, zur Regel machen, und was Hauptsache seyn sollte, in die Nebensache verwandeln will. Wenn in den Motiven zum revidirten Entw. [18]) gegen den Vorschlag, daß jede Sache in die Audienz gebracht und dann erst darin beurtheilt werden soll, ob sie zum schriftlichen Verfahren ge-

---

wendung der Art. 93, 116 des Code de proc. wichtig wird), ist richtig in den Motiven S. 226 bemerkt.

16) Band XI. S. 163.

17) Es verdient aber die Bemerkung der Motive des Entw. S. 113, daß bei der Protokollarverhandlung der Schein sich nicht vermeiden läßt, daß der Richter auf die Art der Prozeßführung einen bedeutenden Einfluß gewinne, wohl eine Beachtung.

18) S. 221.

höre, bemerkt wird, daß dadurch Willkühr begründet, und der Richter zum Herrn der Sache gemacht würde, wenn er bestimmen könnte, in welcher Form der Prozeß zu verhandeln sei, so muß dagegen erinnert werden, daß dieser Vorschlag kein theoretisch nur ersonnener, sondern auf die Erfahrung von Frankreich, Niederland und Geneve gegründeter ist. Die Partheien oder ihre Anwälde müssen nach diesem Vorschlage ihre Ansprüche und die Begründung derselben sogleich in der Sitzung vortragen, über Zwischenpunkte und verzögerliche Einreden würde sogleich entschieden und in der nämlichen Sitzung (in der Regel) die Verhandlung über die Hauptsache angeordnet. Erst dann, wenn das Gericht findet, daß die Sache zu verwickelt ist und die Richter zur Urtheilsfällung noch nicht genugsam instruirt sind, würde (in Frankreich ist es große Seltenheit, daß es dazu kömmt) schriftliches Verfahren angeordnet. Es müßte jedoch (wie nach dem niederländ. Entw.) den Partheien unverwehrt seyn, sogleich in der Sitzung, ehe sie mündlich verhandeln, an das Gericht den Antrag zu stellen, daß schriftlich verhandelt würde. — Der Audienz würde nur eine vom Kläger dem Beklagten zu übersendende Klagschrift, von der ein Exemplar bei Gericht vor der Sitzung deponirt würde, vorhergehen, und ein gesetzlicher Termin bestimmt werden müssen, in welchem der Beklagte den Anwald, welchen er wählt, dem Kläger anzeigen müßte. — Von einer Willkühr der Gerichte kann keine Rede seyn, da ja doch das Gericht, welches das Urtheil fällen soll, das zum Zwecke führende Mittel zu bestimmen haben muß, und die Partheienrechte nicht leiden, weil es an der Gelegenheit, ihre Ansprüche vollständig zu entwickeln, ihnen nicht fehlt. — Erlaubt sei nur noch eine Bemerkung, die jeder unbefangene Beobachter des französischen Prozeßgangs gewiß zugestehen muß, zu machen, die: daß das mündliche öffentliche Verfahren ein Hauptmittel ist, Prozeßverzögerungen und Chikanen der Advokaten entgegenzuwirken. Wir geben zu, daß es in Frankreich oft lange dauert,

bis die Sache in die Sitzung kömmt, allein ist sie einmal in die Audienz gekommen, so geht die Entscheidung weit schneller als in Deutschland. Der französische Advokat findet seinen Stolz darin, die Thatsachen zusammenhängend und in gefälliger Form klar darzustellen, vor Allem aber die Rechtspunkte gewandt und geistreich zu entwickeln; von der Geschicklichkeit, das letzte zu thun, hängt der Ruf des Advokaten in Frankreich ab; prozeßhindernde Einreden, Einreden mehrerer Streitgenossen, und ähnliche nur aus Chikane und um den Prozeß zu verzögern, vorzubringen, widerstreitet der Ansicht, die man in Frankreich von einem ausgezeichneten Advokaten hat; solche Künste der Verdrehung und Verzögerung zu brauchen, muß selbst der französische Advokat schon aus Klugheit verschmähen, weil sonst die öffentliche Stimme mit Geringschätzung es betrachtet, wenn er die Blöße seiner Rechtskenntnisse mit dem Gebrauche verzögender Mittel bedecken will, und weil seine Kollegen mit einem Advokaten, der nur als Rabulist bekannt ist, nicht Lust hätten, zu consultiren, während bekanntlich in Frankreich eben diese gewöhnlich von mehreren Advokaten eingeholten Consultationen, ehe man einen Prozeß beginnt, einer der beliebtesten Wege ist, wodurch der ausgezeichnetste Advokat sich bewährt, seinen Ruf vermehrt und eine nicht unbedeutende Quelle von Einkünften hat.

Nicht weniger verdient das in den neuesten legislativen Produkten ausgesprochene Verhältniß der Einzelnrichter zu den Collegialgerichten und das Verhältniß des summarischen Prozesses zu dem ordentlichen eine nähere Betrachtung. Es schien, daß man zuletzt ziemlich allgemein in Deutschland sich vereinigt habe, daß Collegialgerichte die regelmäßigen Gerichte erster Instanz seyn sollten; neuerlich aber hat eine kräftige Stimme [19]

19) Dresch in den Betrachtungen. S. 34.

sich für die Einzelnrichter erhoben, und da diese Einrichtung freilich keine Neuerung ist (ein vielen Leuten verhaßtes Wort) und die wohlfeilste Justiz verspricht, so kann es nicht fehlen, daß die Meinung viele Anhänger finden wird, um so mehr als einer der liberalsten und geistreichsten Juristen Englands, Bentham [20]) in neuester Zeit gegen die Collegialität sich erklärt. Dresch hebt besonders hervor, daß das Geschenk der Collegialgerichte erster Instanz in Baiern theuer erkauft werden müsse, indem nach dem Entwurfe (§. 509) gegen zwei conforme Urtheile keine Berufung an die dritte Instanz zulässig sei, man daher um die größeren Kosten der Collegialgerichte erster Instanz zu decken, die Berufungen an die dritte Instanz vermindert habe. Er meint aber, daß ein solcher Tausch sehr ungleich wäre, da in den sogenannten Collegialgerichten erster Instanz doch nur Anfänger im Dienste angestellt würden, welche die Eigenschaften schwerlich besäßen, durch welche die Partheien für den Verlust der trefflich organisirten dritten Instanz entschädigt würden. — Die Ansicht, daß die Urtheile der ersten Richter Versuche seien, wäre, wie v. Dresch meint, doch nicht ganz grundlos, und Berufungen würden auch durch Kollegialgerichte erster Instanz nicht vermieden, es sei also unpassend, wenn so viel Kraft aufgewendet und mehrere Richter gefordert würden, wo Einer hinreichte. Einzelnrichter, die auch mehr Gutes stiften könnten als Mitglieder von Kollegien müßten doch nicht so unwissend und unpassend seyn, da ihnen der Entwurf so viele Sachen, nämlich die summarischen anvertraut hätte. — Bentham vertheidigt die Einzelnrichter dadurch, daß sie weit mehr Garantieen als Kollegialgerichte darböten, indem die letzte leicht in mächtige, die öffentliche Meinung in Abhängigkeit haltende Korps ausarteten, wäh-

---

20) De l'organisation judiciaire et de la codificat[illegible] extraits de divers ouvrages de J. Bentham. par Dumont. Paris 1828. pag. 49–62.

rend der Einzelnrichter weit mehr Verantwortlichkeit habe, sich nicht hinter Kollegialgeist verstecken könne, vielmehr das von ihm gefällte Urtheil selbst vertreten müßte. Für die Mehrzahl der Fälle reiche die intellektuelle Fähigkeit der Einzelnrichter völlig hin, in schwierigen Fällen instruirten ihn ja hinreichend die Advokaten. Vorzug der Schnelligkeit und der größern Wohlfeile der Justiz wäre Eigenthümlichkeit der Prozedur vor dem Einzelnrichter. — So scharfsinnig auch die bisher angeführten Gründe sind, so glauben wir doch das System des baier. Entw. völlig rechtfertigen zu können; wir kommen dabei aber auf die von Dresch angeregte Vorfrage: ob die Bestimmung des Entw. §. 509, nach welchem gegen zwei conforme Urtheile Berufung an die dritte Instanz nicht Statt findet, Billigung verdient. Dresch[21]) tadelt die Bestimmung, weil sie das bisherige Recht abändere, weil auch die deutsche Bundesgesetzgebung die Existenz einer dritten Instanz in jedem Bundesstaate ausspreche, und die dritte Instanz[22]) an sich durch die Auswahl der tüchtigsten Richter, Unabhängigkeit der ganzen Stellung, Entfernung von jedem Partheieneinflusse solche Vorzüge habe, daß keine andere Stelle sich mit ihr messen könne. — Allein wir halten die auch schon im Entw. v. 1825 sanktionirte Bestimmung des neuen Entw. für eine wesentliche Verbesserung.[23]) Alle Rechtsmittel werden nur nothwendig wegen des Strebens nach Gründlichkeit und größerer Rechtssicherheit der Partheien. Für höhere Kollegien, an welche durch Berufung der Partheien der Prozeß gebracht werden kann, spricht theils die Rücksicht, daß bei den höheren Gerichtshöfen, die

21) Betrachtungen S. 51.

22) Eine neue Schrift unter dem Titel: das Recht der dritten Instanz gegen zwei gleichlautende Urtheile. München 1828. behandelt die Frage umständlich.

23) Darüber auch meine Schrift: der gemeine deutsche Prozeß. III. Heft. S. 14—18.

schon der Zahl der Richter nach stärker als die Gerichte erster Instanz besetzt sind, praesumtive die tüchtigsten und erfahrensten Richter angestellt sind, und daß selbst die Art ihrer Anstellung wegen der größeren Unabhängigkeit das Vertrauen zu ihrer Unpartheilichkeit und Festigkeit vermehrt. Da ohnehin bei diesen Gerichten auch die tüchtigsten und kenntnißreichsten Advokaten sich befinden werden, die am besten im Stande sind, umsichtig und gründlich den Prozeß den Richtern vorzutragen, so kann um so mehr auf eine gründliche Entscheidung gerechnet werden, als den höheren Richtern auch die Entscheidungsgründe der Richter erster Instanz vorliegen, und daher von ihnen mit aller Umsicht geprüft werden können. — Sobald nun ein solches Obergericht in seinem Urtheile völlig mit dem Ausspruch des gleichfalls collegialisch organisirten Gerichts erster Instanz übereinstimmt, hat der Staat hinreichende Bürgschaft für die Wahrheit des gefällten Urtheils, und die Gründe des öffentlichen Wohls, welches die Nachtheile der in die Länge gezogenen Prozesse erkennt, eben so wie die Rücksicht auf den Sieger, der nun auf ein nach sorgfältiger Prüfung auch von höheren Richtern bestätigtes Urtheil sich berufen kann, gebieten das Urtheil jetzt zum Vollzug kommen zu lassen. Dem schon zweimal Besiegten noch das Recht zu geben, an die dritte Instanz sich zu wenden, hat keinen erheblichen Grund für sich, wenn man nicht eine ängstliche Zweifelsucht, oder eine mißverstandene Billigkeit für einen solchen gelten lassen will.[24]) Durch die Anordnung einer dritten Instanz, wenn schon zwei gleichförmige Urtheile vorliegen, gewinnt die Gesetzgebung nichts; denn wenn nur das Urtheil abgeändert wird, so entsteht ein Zustand des Zweifels, indem zwei Kollegien für eine die dritte Instanz für die andere Parthei sich aussprechen. Consequent müßte man jetzt die vierte Instanz

24) s. auch gut Puchta über die bürgerliche Rechtspflege und Gerichtsverfassung S. 97–110.

noch gestatten; thut man es aber, so ist keine Ende abzusehen, da der Zweifelszustand noch immer größer wird, und daß man dabei nicht die Stimme der in den verschiedenen Gerichtshöfen angestellten Richter zusammenzählen darf, hat der Verfasser dieser Bemerkungen schon an einem anderen Orte zu beweisen versucht. [25]) Läßt man aber es bei dem Ausspruch der dritten Instanz beruhen, so ist dies doch ein sehr willkührlicher Durchgriff, der aus der Einsicht, daß einmal ein Ruhepunkt gegeben seyn muß, entsteht. — Wenn wir nun den Satz der Ausschließung der dritten Instanz gegen zwei gleichförmige Urtheile vertheidigen, dabei aber eine gute Besetzung der Gerichte erster Instanz, eben so eine Prozedur voraussetzen, [27]) bei welcher in Audienzen verhandelt wird, so können wir auch nicht zugeben, daß das Volk durch den Tausch verlieren werde; denn die Geschichte aller Zeiten lehrt, daß höhere Instanzen und Rechtsmittel erst spätern Ursprungs sind, überall vielmehr die regelmäßigen Gerichte schon unter der Vorstellung erscheinen, daß ihre Aussprüche mit größter Unpartheilichkeit und Umsicht so gegeben werden, daß die Bürger in der Regel vertrauensvoll sich diesen Gerichten unterwerfen. Es ändert nichts, daß auch gegen Urtheile der Collegialgerichte appellirt werden wird, und es ist schon legislativ dann viel gewonnen, wenn nur die Zahl der Appellationen vermindert wird [27]) und die öffentli-

---

25) Meine Schrift: der gemeine deutsche Prozeß. 3s Heft. S. 21.

26) s. auch Scheuerlen in der Tübinger Zeitschrift. 1. Bd. S. 123. 3s Heft.

27) Man hat die Bemerkung in mehreren deutschen Ländern, in welchen die Abfassung ausführlicher Entscheidungsgründe bei allen Urtheilen eingeführt wurde, gemacht, daß die Zahl der Appellationen bedeutend abnahm, weil die Partheien besser über ihr Recht belehrt und dadurch von frivolen Appellationen abgehalten wurden. Daß aber bei Collegialgerichten andere und sorgfältiger bearbeitete Entscheidungsgründe gegeben werden, als bei Einzelnrichtern, ist klar.

che Stimme Gründe hat, schon den Anspruch des ersten Gerichts als ein sorgfältig abgewogenes Urtheil zu betrachten. Behauptet man zwar, daß diese neu zu organisirenden Collegialgerichte erster Instanz doch nur mit Anfängern im Dienst besetzt seyn würden, und wirft man daher Verdacht auf die Gründlichkeit ihrer Aussprüche, so scheint dies doch eine willkührliche Voraussetzung, da nach dem jetzigen Stande der Verhältnisse unsere jungen Juristen lange genug Vorbereitungsstufen durchzuwandern haben, bis sie in den Staatsdienst treten können, da auch auf jeden Fall die Vorstände der Gerichte schon ältere im Dienste erfahrene Beamte seyn werden, welche die Berathungen gut zu leiten verstehen und weil schon in der Collegialität ein Grund liegt, welcher ein gründlicheres Urtheil verbürgt. Auf die Bundesacte sollte man sich bei Vertheidigung der dritten Instanz nicht berufen, weil man sonst vergißt, daß nach dem Beschluß v. 14. März 1822 [28]) zwar in jedem Lande drei Instanzen seyn sollten, daß es aber jedem Staate überlassen bleibt, die Fälle der Appellationen und die Instanzen z. B. durch Einführung von Appellationssummen zu beschränken. Von jeher hat man auch in Deutschland solche Summen und damit auch Beschränkungen der ersten Instanz gekannt. — Was aber den Vorzug der Collegialverfassung vor Einzelnrichtern betrifft, so muß er unfehlbar anerkannt werden, wenn man auf die moralischen Eigenschaften der Richter und auf Intelligenz Rücksicht nimmt. Wo ein Einzelner als selbstständig und allein entscheidender Richter dasteht, hat die Regierung eben so, wie die böswillige Parthei, welche das Recht beugen will, viel leichtere Mittel, sich des schwachen Richters zu versichern, und während die Erste durch Furcht, Hoffnung, Gunst oder Ungnade Einfluß übt, kann die zweite leichter da etwas wagen, wo von einem Einzelnen das Urtheil abhängt. In der Collegialverfassung dagegen giebt schon der

---

28) In den Bundestagsprotokollen XIII. Band. S. 215.

Collegialgeist auch dem schwächeren Richter mehr Muth, und hindert die Versuche der Parthei, Richter zu bestechen, da hier vom Einzelnen nichts abhängt, da der Einzelne selbst, wenn er den Einflüsterungen Gehör geben wollte, sich scheuen muß vor der Stimme der Kollegen, die im Falle der Abstimmung leicht entdecken, ob die Stimme das Produkt der Ueberzeugung oder fremden Einflusses ist, und da, wo keine Referenten vorkommen, ist ja auch nichts von der Untreue bei dem Vortrage zu besorgen. Was aber die Intelligenz betrifft, so hat ein von einem Collegio gefälltes Urtheil weit mehr innere Garantie; denn man weiß wohl, wie oft die nämliche Sache höchst verschiedenartige Gesichtspunkte hat, wie häufig aber eine gewisse vorgefaßte Meinung dem Richter sich aufdringt, während in der Berathung die entgegengesetzte von dem Kollegen hervorgehoben wird, und die Berathung und der wechselseitige Austausch der Ideen ein neues Mittel giebt, die Wahrheit, die aus dem Kampfe der Meinungen sich allmählig entwickelt, zu finden; das Zusammenwirken mehrerer bürgt dafür, daß nicht so leicht ein Umstand unberücksichtigt bleibt, ein Gerichtsmitglied ist für das Andere eine Controle, und die Uebereinstimmung mehrerer in dem nämlichen Beschluß giebt schon einen Grund mehr, an die Gründlichkeit des Beschlusses zu glauben.

Wenn wir so Collegialjustiz in erster Instanz jeder anderen Einrichtung vorziehen, so muß das schon früher in diesem Archive [29]) Bemerkte wiederholt werden, daß es immer Rechtssachen geben wird, deren Entscheidung die Gesetzgebung den Einzelnrichtern überlassen muß, um den Nachtheilen vorzubeugen, welche aus der durch die Collegialverfassung nothwendig gewordenen großen Ausdehnung der Gerichtsbezirke entstehen könnten; nur darf es nicht so weit kommen, daß am Ende die Mehrzahl der Prozesse an die Einzelnrichter gelangte. Der neue baier. Entw. hat das

29) Archiv VII. Bd. S. 398. VIII. S. 118. 419.

Verhältniß im Wesentlichen richtig bestimmt; alle im Entw. Art. 373 summarisches Verfahren begründenden Sachen gehören an die Einzelnrichter; [30]) nur liegt eine weise Verbesserung darin, daß der Arrest- und Executivproceß nicht mehr an die Einzelngerichte, wie es im Entw. v. 1825 geschah, gewiesen ist. — Wenn aber im neuen Entw. §. 401 auch der Besitzprozeß an die Collegialgerichte gewiesen werden soll, so könnte dies nur dann gebilligt werden, wenn man den ordentlichen Besitzprozeß in die Ausdehnung, wie der Entw. §. 401 [31]) es thut, im Gegensatz des jüngsten Besitzprozesses beibehalten will, wovon unten noch mehr gesprochen werden soll. — In Bezug auf den jüngsten Besitzprozeß aber rechtfertigt es sich gewiß, [32]) wenn man nach dem Beyspiele Frankreichs die Verhandlung dem Einzelnrichter zuweiset, weil bei dieser Prozeßart oft so viel darauf ankömmt, daß schleunigst entschieden und der Selbsthülfe vorgebeugt, zugleich an Ort und Stelle untersucht und das den Verhältnissen Anpassende festgesetzt werde. Die Aufstellung summarischer Prozeßarten hat aber noch eine andere Bedeutung,

30) Der neue Entw. 373 stimmt in Bezug auf die Zahl der summarischen Sachen mit dem Entw. v. 1825. §. 708. 714 zusammen. s. oben dies Archiv. VIII. S. 419.

31) Es heißt: Nur Besitzstreitigkeiten, welche wegen Erhaltung des bisher gehabten wegen Wiedererlangung des Verlorenen oder wegen Aufhebung des auf Seite des Gegners bittweise erlangten Besitzes erhoben werden, eignen sich zu einem besonderen Prozesse. — In Besitzstreitigkeiten darf nichts, was den Rechtsstand angeht, von den Partheien den Verhandlungen eingemischt und nichts, was gleichwohl eingemischt wäre, berücksichtigt werden.

32) Auch der niederländ. Entw. lib. 1. tit. II. art. 2. weiset die Besitzklagen an den Kantonsrichter. — Sehr merkwürdig ist die (umständliche Vorschrift über bezitregt in dem neuen bürgerlichen Gesetzbuch Buch II. Tit. 2 im Art. 29—42 die Besitzklage in der Art, wie das Recht die complainte kennt, jedoch weit klarer und mit Abschneidung der Controversen entwickelt ist.

in so ferne dadurch die Zahl der Prozesse vermehrt wird, unnöthige Vorbereitungsverhandlungen entstehen oder nicht erschöpfende Prozeßverhandlungen zugelassen werden, oder wenn die nämliche Sache zwei Prozeßarten durchwandern muß. In dieser Beziehung verdient die Frage, ob der nach §. 435 zulässige Provokationsprozeß in einer neuen Legislation beibehalten werden soll, eine genaue Erwägung. Wer das schwache Fundament berücksichtigt, auf welchem in der deutschen Praxis diese Prozeßart ruht, und erwägt, daß auch Frankreichs Gesetzgebung den Prozeß nicht kennt, und sich kein Bedürfniß in der französischen Praxis zeigt, daß auch durch andere Klagen in Fällen, wo Provokationen gebraucht werden, sehr gut geholfen werden kann, wer das Zeugniß der Erfahrung, nach welcher die Prozeßart so häufig nur als Mittel der Chikane gebraucht wird, zu Rath zieht, möchte doch wohl die Nothwendigkeit des Provokationsprozesses bezweifeln, [33]) vorzüglich der in §. 436 des Entw. angeführten prov. ex lege: si contendat, die so leicht durch andere Mittel surrogirt werden kann, und nicht einmal in Deutschland zu einer Zeit, wo die prov. ex lege: diffamari lange bekannt war, vorkam. Für die in §. 408 aufgenommenen Executivprozeß, sprechen erhebliche Gründe, [34]) und wenn auch die Autorität Frankreichs, worin die Prozeßart nicht vorkömmt, dagegen angeführt werden kann, so muß doch wohl erwogen werden, daß in Frankreich die Art, wie das Notariatsinstrument schon gleich einem rechtskräftigen Urtheile executorisch ist, den Executivprozeß entbehrlich macht. [35]) — Am wenigsten kann man der Aufstel-

33) Die Gründe gegen den Provokationsprozeß in meiner Schrift: der gemeine deutsche Prozeß. IV. Heft. S. 177—181.

34) s. darüber meine Schrift: der gemeine deutsche Prozeß. IV. S. 110.

35) Der veraltete Ausdruck: mit klaren Briefen u. Siegeln bewiesen werden im Entw. dürfte verändert werden, denn

lung des sogenannten possessorii ordinarii im baier. Entw. beistimmen. Alle interdicta recuperandae und retinendae possessionis berechtigen nach §. 401 zur Ergreifung dieses Besitzprozesses und nach §. 405 36) scheint noch der jüngste Besitzprozeß gestattet. So sehr auch gewichtige Gründe für den summarischen Besitzprozeß zum Schutze des jüngsten ruhigen Besitzers, da, wo es auf Ungewißheit des faktischen Zustandes und auf Verhinderung der Selbsthülfe ankömmt, sprechen, so wenig kann man für den ordentlichen Besitzprozeß anführen. Man weiß, wie wenig gemeinrechtlich diese Prozeßart auf einer gesetzlichen Grundlage ruht, und in Bezug auf Baiern sollte doch nicht unberücksichtigt bleiben, daß der classische B. v. Kreitmair 37) selbst den geringen Nutzen und Gebrauch des ordentlichen Besitzprozesses nachweißt. Mag der Entw. §. 401 auch vorschreiben, daß nichts, was den Rechtsstand angeht, in die Besitzprozeß eingemischt werden soll, so wird die Vorschrift immer mehr auf dem Papier als in der Rechtsübung bestehen; jeder Praktiker muß bezeugen, daß bei den ins possessorium ordinarium gehörigen Fragen über Alter, Rechtmäßigkeit des Besitzes, das Recht des

---

in unserer Praxis verliert der Gebrauch der Siegel seine Bedeutung, und der Ausdruck kann leicht mißbraucht werden; noch vor kurzem hat in einem im Spruchcollegio vorgekommenen Falle ein Advokat die Zuläßigkeit des Executivproz. bestritten, weil die Urkunde, worauf Kläger sich berief, kein Siegel hatte, und doch in allen Compendien klar Brief und Siegel gefordert würden.

36) Es heißt: Wenn sich entweder sogleich oder im Laufe der Verhandlung ergiebt, daß der Besitz zweifelhaft sei, indem jede Parthei Besitzhandlungen für sich hat, so hat der Richter einstweilen denjenigen im Besitze zu schützen, welcher die neuesten fehlerfreien und ruhigen Besitzungen für sich hat. Bei der Frage über jüngsten Besitz kommt es nur auf den Zustand im Laufe des letzten Jahrs vor der Störung an.

37) in den Anmerkungen zum Cod. Jud. Bav. cap. III. §. 4. lit 5. nro. 18.

Klägers zu besitzen, die Gründe mit dem Rechte selbst, woraus er den Besitz ableiten will, in einem so genauen Zusammenhange stehen, daß man mit Sicherheit gar nicht darüber entscheiden kann, ob ein vorgebrachter Grund petitorisch ist, oder nicht. Schwanken der Ansichten, und daher Willkühr der Gerichte über Zulassung eines Grundes ist unvermeidlich, und die Folge davon Prozeßverzögerung und Rechtsungewißheit. Statt eines Prozesses giebt es gewöhnlich 3, indem die Sache zuerst im jüngsten Besitzprozeß, dann im ordentlichen Besitzstreit, und endlich in petitorio durchgestritten wird. — Noch mehr Bedenklichkeiten erweckt die hanöverische Gerichtsordnung durch ihre Vorschriften über summar. Prozeßarten. Während sie höchst merkwürdig dadurch ist, daß sie mit großer Umsicht überall das, was der bessere Gerichtsgebrauch des gemeinen Prozesses bisher befolgt, zum Gesetze erhob und durch Klarheit der Aussprüche sich auszeichnet, entspricht sie deswegen den gerechten Erwartungen nicht, welche man von einer neuen Prozeßordnung hegen kann, weil sie zu viele Prozeßarten beibehält, die im deutschen Prozesse blos durch reichsgerichtliche Verhältnisse oder durch Mißverständnisse entstanden sind. So findet man in der Prozeßordnung §. 129—133 noch den Mandatsprozeß,[38] während er doch für eine Gesetzgebung völlig entbehrlich ist,[39] wenn sie nur den Executivprozeß auch auf öffentliche Urkunden ausdehnen will, denn in Fällen, wo die drohende Gefahr eines unersetzlichen oder schwer zu ersetzenden Schadens bescheinigt ist, bedarf es nur eines Gesuchs, um ein

38) Es heißt im §. 129. In den Fällen, wo entweder der Kläger sämmtliche, seinem Antrage zum Grunde liegende, Thatsachen durch öffentliche Urkunden sofort erweisen kann und diese Thatsachen die Verbindlichkeit des Beklagten oder das Recht des Klägers außer Zweifel setzen oder wo die drohende Gefahr eines unersetzlichen oder schwer zu ersetzenden Schadens hinreichend bescheinigt wird, kann um ein unbedingtes Mandat gebeten werden.

39) Meine Schrift: der gemeine Prozeß. 4s Heft. S. 131.

provisorium. [40]) Die preußische Gerichtsordnung [41]) hat schon lange den Mandatsprozeß verbannt und der neue baier. Entw. erwähnt dieser Prozeßart auch nicht mehr. — Der Provokationsprozeß ist in der hanöv. Prozeßordnung an die auch im baier. Entw. vorgeschriebenen Bedingungen gebunden, und der von einigen neueren Juristen gemachten Ausdehnung ist weise vorgebeugt. Der jüngste Besitzprozeß ist §. 134 zweckmäßig normirt, leider kömmt aber auch §. 137. 8 noch der ordentliche Besitzprozeß vor. [42]) Alle schon oben angegebenen Gründe gehören auch hierher; warum will die Gesetzgebung noch lange alte, auch in der gemeinrechtlichen Praxis als unpassend erkannte Institute beibehalten, den Partheien Mittel zur Chikane in die Hand geben und die Prozesse unnöthig vermehren? Der Gesetzgeber veranlaßt durch seine Vorschrift, nach welcher der Richter so viel möglich schon die Entscheidung über das Recht selbst vorbereiten soll, nur Hereinziehen Petitorischer Gründe, und dadurch eine Verzögerung des Besitzprozesses; denn da der Richter nicht voraus bestimmen kann, ob er nicht hoffen kann, das petitorium selbst hinreichend instruiren zu können, so muß er lieber zu nachsichtig als zu streng gegen petitorische Gründe seyn, und der Besitzprozeß steht dann nur

40) Scheuerlen in der Tübinger Zeitschrift. II. Bd. S. 263.

41) s. jedoch deswegen die Bemerkung Mühlenbruchs in seinem Entwurf des Civilprozesses. S. 242.

42) Es heißt der Art. 138, betrifft der Rechtsstreit den älteren und rechtmäßigen Besitzstand (possessorium ordinarium), so ist darin zwar nach den Regeln des summar. Prozesses jedoch mit genauer Befolgung aller wesentlichen Punkte eines Rechtsstreits zu verfahren. — Bei diesem Verfahren hat der Richter, in so fern es ohne Verwirrung in demselben zu veranlassen und ohne Benachtheiligung der verschiedenen Rechte der Partheien geschehen kann, auch die Entscheidung über das Recht selbst mit vorzubereiten, und in so fern dieses dadurch klar geworden seyn sollte, sofort über das Recht selbst mit zu erkennen.

dem Namen nach da, ist aber in der Wirklichkeit petitorisch, ohne die Vortheile zu gewähren. — Wie einfach dagegen erscheinen die Vorschriften über den summar. Prozeß in dem niederländischen Entwurfe. Sie lassen in 4 Klassen sich bringen. 1) In so ferne der Entw. gewisse Sachen zur Ver Verhandlung nur an die Kantonsrichter weiset, bei welchen ein dem französischen friedensgerichtlichen ähnliches Verfahren eintritt; [43]) 2) in so ferne in gewissen Fällen der Entw. ausspricht: daß Sommairement verhandelt werden soll, [44]) in welchem Falle der Gesetzgeber kein schriftliches Verfahren gestattet. [45]) — 3) Die unseren sumar. Sachen am meisten ähnlichen Gegenstände, wo es auf Abkürzung des Verfahrens ankömmt, sind unter dem Ausdrucke: referés begriffen; bei jedem Tribunale wird eine eigene Audienz für die referés gehalten, in welche der Kläger den Beklagten laden läßt. Wenn noch mehr Gefahr auf dem Verzug ist, so kann der Kläger Beklagten zu jeder Stunde, auch in die Privatwohnung des Präsidenten vorladen lassen. Die auf referés gesprochenen Urtheile werden, ohne der Hauptsache zu präjudiziren, provisorisch exequirt. [46]) — 4) Der Entw. bestimmt dann noch das Verfahren vor dem Handelsgerichte, [47]) und das Buch III. enthält unter dem Ausdruck: procedures diverses Bestimmungen über Schiedsrichter, über Prozeduren bei Successionen, z. B. Erbtheilungen, über Cession der Güter, über Opposition gegen den Verkauf der Immobilien eines verurtheilten Schuldners ꝛc.

---

43) livre I. tit. 2. art. 1—32.

44) livr. I. tit. 2. art. 37. 130. livre II. tit. 1. art. 4.

45) livre I. tit. 2. art. 37.

46) livre I. tit. III. ject. XVII.

47) livre I. tit. IV.

(Beschluß im nächsten Hefte.)